

اعوذ بالله من الشیطان الرجیم، بسم الله الرحمن الرحیم و الحمد لله رب العالمین و صلی الله علی سیدنا رسول الله و آله الطیبین الطاهرین

المعصومین و اللعنة الدائمة علی اعدائهم اجمعین

اللهم وفقنا و جمیع المشتغلین و ارحمنا برحمتک یا ارحم الراحمین

عرض شد که مرحوم شیخ مطالبی را در بدل حیلولة مطرح کردند یا به تعبیر مرحوم آقای نائینی و آقای خوئی فروعی را مطرح کردند، عرض کردیم در این صفحه ۲۵۹ این چایی که دست من است مطلب پنجم ایشان إن المال المبدول یملكه المالك، مطلب دیگری که این جا مطرح کردند که بدل حیلولة که قیمت باشد می دهد آن مالک، مالکش می شود. بعد هم مصادر را اشاره کردند، عرض کردیم این بحثی بوده که قبل از شیخ طوسی بوده. البته این مطلب را هر دو می گفتند، هم شافعی و هم ابوحنیفه لذا مرحوم شیخ طوسی هم در خلاف دارد بلا خلاف یعنی بلا خلاف بین این دو طرف لکن در مبسوط چون بلا خلاف آورده خیال کردند بلا خلاف بین مسلمین است. ظاهرا همان طور باشد، و ظاهرهم ارادة نفی الخلاف.

بعد و لعل الوجه فيه، دلیل مطلب این است که تدارک لا یتحقق إلا بذلک، چون ضمان است و به عنوان تدارک است. اگر می خواهد تدارک بکند باید ایشان مالک آن قیمت بشود تا تدارک بکند.

بعد مرحوم شیخ می فرماید که لو لا ظهور الاجماع و ادلة الغرامة، ادله را عطف بر اجماع بگیرید. ظهور اجماع و ظهور ادلة الغرامة فی الملكية، اگر به خاطر اجماع و غرامت نبود، چون غرامت را و ضمان را به این معنا که ایشان مالک می شود.

لاحتملنا أن يكون مباحا له إباحة مطلقة و إن لم يدخل فی ملكه نظیر الإباحة المطلقة

درست است، شما می گوئید تدارک است، بگوئیم حقیقت تدارک این است که اباحه مطلقه است، برای ایشان مباح است. این قیمتی که گرفته مباح است لکن اگر تصرفی کرد که متوقف بر ملک است از آن وقت ملک می شود، مثل باب معاطات که در باب معاطات این مطلب را قائلیم.

یعنی اگر این اجماع نباشد، حالا این اجماع را عرض کردم ارزش اجماع در این جا خیلی ضعیف است. عرض کردم این مسائلی است که از روایات استظهار نشده، از کلمات و نزاعی که بین عامه بوده و مرحوم شیخ هم حسب قاعده فتوا فرمودند.

فی المعاطاة علی القول بها فیها و یكون دخوله فی ملكه، إلی آخره.

بعد ایشان نوشته:

و حکى الجزم بهذا الاحتمال عن المحقق القمى رحمه الله فى أجوبة مسائله

عرض کردم این جور مسائل طبیعتش در تاریخ فقه شیعه واضح است، اولاً در روایات نبوده. ثانیاً غالباً توسط، حالا ممکن است توسط ابن جنید یا ابن ابی عقیل مطرح شده لکن چون این بیچاره ها متهم شدند به مسئله قیاس، خیلی روی آنها حساب نشد، بعد که شیخ طوسی گفت به خاطر عظمت شیخ اینها تدریجاً وارد فقه شد و عرض کردیم تدریجاً تا زمان علامه و اینها یواش یواش مناقشات شروع شد. یک مقدار علامه شروع کرد، یک مقدار پسر ایشان فخر المحققین، یک مقدار شاگرد ایشان شهید اول و محقق ثانی و بعد عرض کردیم شاید قوی ترین مناقشاتش هم مال مرحوم محقق اردبیلی بود. این تا سال حدود ۱۰۰۰، بعد از این سال چون اخباری ها هم به مشکل اضافه شدند. اصلاً ما یک مدتی تقریباً ساحت علمی شیعه اخباری بود. اخباری ها خیلی مسلط شدند، در زمان صفویه خیلی مسلط شدند بر صحنه علمی. علی ای حال دیگه از این جا هی در مطالب کم و زیاد شد، این طبیعت فقه ماست یعنی آنی که در مقابل ایشان است یکی کلمه اجماع و یکی ادله غرامت است که است. کلمه اجماع را که عرض کردیم در کتابی مثل غنیه ابن زهره و سرائر آمده چون آنها خبر واحد را قبول نداشتند. اصلاً مبنایشان اجماع است، آنها که هیچی. مرحوم شیخ طوسی هم اولین کسی است که ادعای اجماع کرده که در کتاب خلاف واضح است، مرادش ادعای اجماع بین ابوحنیفه و شافعی است. در کتاب مبسوط چون گفته بلا خلاف و بعد هم گفته در یک فرع دیگه، عندنا را احتمال دادند که مراد بلا خلاف بین المسلمین باشد. واضح است، تاریخش واضح است. ما اصلاً این بحث مدرکی را مطرح نمی کنیم چون کسانی مثل نائینی که محتمل المدرک را مطرح می کنند خوب دقت بکنید آنها یک زاویه دید دارند، آن زاویه دیدشان تعبد است، این اجماع کی تعبدی است؟ چون دید آنها دید تعبد است لذا می گویند که اجماع باید

یک حالتی داشته باشد که تعبدا کاشف قول باشد. ما بتوانیم بگوییم که قول امام است لذا اگر مدرکی بود خب می گویند نه دیگه تعبدا نیست چون احتمالا دلیلشان این مدرک است.

اگر ادله باشد که هیچی، ایشان دو تا گرفته، ایشان ظاهرا اجماع را با ادله دو تا گرفته. ادله غرامت که دلالت بر غرامت می کنند اما این که در این جا اصلا باید غرامت باشد خود این اول کلام است. و من یک توضیحی را بعد عرض می کنم.

و اما مسئله اجماع هم که وضعش روشن است. می خواهم این را بگویم که این در فقه شیعی این اخذ و رد طبیعی بشود.

پس این اجماع و ادله غرامتی که فرمودند چندان روشن نیست.

و علی ای حال

از این جا امر ششم.

امر پنجم آیا مالک، مالک قیمت می شود یا نه؟ کسی که مالک عین بود، حالا عین در دسترس نیست مالک قیمت می شود، قیمتی را که آن شخص می دهد. بدل را.

مطلب ششم آیا خود این عین ملک کیست؟ فرض کنید مثلا عیدی بوده فرار کرده، مخصوصا در سابق به شهر ها و کشورهای خودشان می رفتند، مثلا می رفتند عبد را از آفریقا زیاد می دزدیدند؛ در زمان خود ائمه هم بود. می رفتند حبشه به اصطلاح. عرض کردم رفتن به حبشه برایشان خیلی مشکل نبود. چون درست است حبشه در ساحل غربی دریای سرخ است. حجاز و اینها در ساحل شرقی است لکن در آخر این دریای سرخ باب المندب، الان هم باب المندب است. آن وقت آن ور باب المندب آفریقا است و این ورش یمن است که جزء آسیاست و فاصله بین یعنی در باب المندب این قدر این فاصله کم است که آن ور دیده می شود یعنی آن ساحل آن ور دیده می شود. اینها از این راه وارد آفریقا می شدند و سیاهان را برده می کردند.

حالا یک برده ای آوردند و برده فرار کرد و به شهر خودش رفت، کشور خودش رفت، زنده زنده است اما دست طرف نیست. حالا سوال این است که آیا این عبد، گفتند قیمتش را بده، تو آیا این کار را کردی؟ از یک کسی غصب کرد و دست غاصب بود فرار کرد و آنجا رفت، به غاصب می گویند تو قیمتش را بده به مالکش، به هر حال تو این کار را کردی.

امر پنجم قیمت را داد، آیا مالک هست یا نه؟ تصرف می کند، همین که امر پنجم خواندیم.

امر ششم خود عبد چه؟ حالا که قیمت را داد این عبد مال ضامن می شود؟ چون قیمتش را داد، قیمت عبد را داد یا این عبد هنوز به ملک مالک محفوظ است، چون آثار دارد. بر فرض فرار کرده باشد چون عبد است می تواند در کفاره آزادش بکند و بقیه آثاری که دارد.

عرض کردم این خلاقی بوده بین ابوحنیفه و بین شافعی، در حقیقت نکته اش این بوده که ابوحنیفه می گفته اگر پول را داد خب عبد هم مال این می شود دیگه. عبد هم مال ضامن می شود. نمی شود قیمت را بدهد اما عبد مال این نشود.

شافعی معتقد بوده که عبد هنوز به مالک قبلی می ماند، ملک ضامن نمی شود. هنوز ملک مالک قبلی است، ملک مالک اصلی است. ملک ضامن نمی شود. خب طبعا یک شبهه ای دارد، هم قیمت را به مالک بدهند و هم خود عبد ملک اوست.

یکی از حضار: آن وقت قیمت مالک می شده؟

آیت الله مددی: بله خب این ها قائل بودند. شیخ به این مطلب قائل بوده است. روشن شد؟

پس مطلب پنجم این است. ششم هم راجع به عین است که آیا مالک عین است یا نه؟ بنایشان به این بود که شافعی. آن وقت در این جا خوب دقت بکنید، نکته فنی را ابتدائاً عرض بکنم، نکته فنی این بود که ما در باب این جور چیزها، نقل و انتقال، مثلاً من قیمت را که حالا دادم عین مال من می شود. اینها برنامه کلیشان این است که چون عین تا حالا ملک مالک بود هنوز ملک مالک می آید تا یک سبب نقل بیاید، یک معاوضه بیاید، بیعی و شرائی بیاید، تا سبب نقل نیاید هنوز به ملک مالک است، آن وقت این سبب نقل را یا مالک انجام می دهد، می خرد و می گوید این عبد فرار کرد. بیا این قدر بده و از من بخر عبد مال تو بشود. خب این جای بحث ندارد.

یا معاوضه شرعی است، یا معاوضه شخصی است و یا معاوضه شرعی است. معیار در معاوضه شرعی این است که دلیل بیاید. روایت بیاید که اگر ایشان ضامن قیمت را داد آن عبد هم مال ضامن می شود. اگر آمدی می شود معاوضه شخصی اصطلاح دیگر هم بکار می برند معاوضه قهری. یک نوع معاوضه قهری است پس بنابراین نسبت به عبد می شود معاوضه شخصی، بگوید عبد من از دست تو فرار کرد، پولش را به من بده. این می شود شخصی. شارع بیاید بگوید آقا شما چون این کار شد شما پولش را به ایشان دادی شما مالک این هستی. این می شود شرعی یا قهری. یک نوع معاوضه ای باید تصور بکنیم. اگر معاوضه ای تصور نشود نقل و انتقالی تصور نشود به ملک مالک مانده. این هم یک توضیحی می خواهد که الان عرض می کنیم.

حرف ابوحنیفه این است که آن وقت دقت بکنید این چرا مشکل دارد، لم اشکال را برایتان روشن بکنم که اگر ما در مسئله نصی از رسول الله داشتیم خوب بود، مشکل نبود یا از صحابه بنا بر قول خودشان. مشکل این است که در این جا نصی نداریم. ابوحنیفه حسب القاعده می گوید مالک می ماند به ملک ضامن می شود. شافعی هم حسب القاعده می گوید ملک مالک است. این راهی است که الان در فقه شیعه است یعنی از آن طرف ادله غرامت می گوید باید غرامتش را بدهی. آن هم دلیل خاصی ندارد. آن ضامن است. اضافه بر ضمان، حالا ضامن که بود وقتی داد آن مالک مالک آن پول می شود و تصرف می کند یا حالا قیمتش مثلا، هر چه بود. تصرف می کند. حالا مالک عین. ابوحنیفه می گوید قاعده اش این است که وقتی که من پولش را دادم این عین هم مال من می شود دیگر. خب پولش را دادم. این معاوضه قهری که ابوحنیفه تصور کرده معاوضه شرعی است روی قاعده تصور کرده است. دقت کردید؟ آن مطلبی را هم که شافعی تصور کرده روی قاعده تصور کرده است. کار مهم در فقه همین است.

یکی از حضار: ملاکش چیست؟

آیت الله مددی: عرض کنم حضورتان که اولاً عبارت ایشان که فلا ینتقل العین، البته الان بیشتر تنتقل می خوانند و می نویسند.

فهی غرامه

فهی یعنی آن قیمت، غرامه

لا تلازم فیها بین خروج

ایشان می گوید تلازم ملازمه ای که ندارد.

خروج المبذول عن ملكه و دخول العين فی ملكه

این که تلازمی نیست که خروج آن مال از ملکش بشود و بین دخول العين در ملكه.

و لیست معاوضة لیلزم الجمع بین العوض و المعوض فالمبذول هنا كالمبذول مع تلف العين فی عدم البذل له.

یعنی مرحوم شیخ این طور می گوید شما اگر این کتاب را تلف کردید، این عبد را کشته بودید و تلف کرده بودید، مگر قیمتش را نمی

دهید؟ غرامت نمی دهید؟ اگر غرامتش را دادید معنایش این است که بدل آن هم ملک شما می شود؟ چنین چیزی را ما نداریم. در بدل

حیلولة هم همین حرف است. غرامت بودن یک چیز است و معاوضه بودن یک چیز دیگری است. غرامت است. عوض نیست.

مرحوم شیخ هم همین مبنای شافعی را قبول کرد. بعد از شیخ هم به احترام شیخ این مبنا در شیعه جا افتاد لکن مرحوم محقق ثانی، محقق

کرکی

و قد استشكل فی ذلك المحقق و الشهيد الثانيان قال الأول فی محكي جامعه إن هنا إشكالا فإنه كيف تجب القيمة و يملكها الآخذ یعنی

مالک

و تبقى العين علی ملكه

این چطور می شود؟ از یک طرف بگوییم مالک قیمت می شود و از یک طرف بگوییم عین هنوز به ملک خودش است.

و جعلها فی مقابلة الحیلولة لا يكاد يتضح معناه

اگر شما بگویید این قیمت را در مقابل حیلولة است. حیلولة چیزی نیست که، ملک موجود است، عین موجود است. این معنای روشنی

ندارد.

و قال الثانی

من کرارا عرض کردم مرحوم شهید ثانی از مرحوم جامع المقاصد زیاد نقل می کند اما اسم نمی برد، تا آن جایی که من دیدم، و قال بعضهم، و قيل این طوری می گوید. اسم نمی برد، حالا احتمالا شاید جهات سیاسی هم بوده. بالاخره چون مرحوم جامع المقاصد فقیه دربار صفوی بود دیگه. شاه طهماسب پادشاه دوم صفوی ها، بعد از شاه اسماعیل شاه طهماسب است، تمام امور مملکت در اختیار شیخ علی محقق کرکی قرار گرفت. عرض کردم عده ای از علما هم روی این جهت با ایشان خیلی بدند، یکی هم مرحوم شیخ ابراهیم قطیفی است. خیلی با ایشان بد است و خیلی هم الفاظ تندی دارد و عده ای از علما مخصوصا حتی علمای جبل عامل و علمای لبنان، عده زیادیشان به ایران آمدند در دوران صفویه چون لبنان آن وقت تحت تصرف عثمانی بود. به ایران آمدند، شما عمل العامل مرحوم شیخ حر را نگاه بکنید ملیء است به علمای جبل عامل که به ایران سفر کردند. خودش هم همین طور مرحوم شیخ حر که به خراسان و شیخ الاسلام خراسان آمد. به ایران سفر کرد و عده ایشان هم سفر نکردند. و خیلی هم سفت ایستادند، یکی هم مقدس اردبیلی است. ایشان بد و بیراه نمی گوید، حتی می گویند شیخ بهائی رفت ایشان را به عنوان شیخ الاسلام ایران بیاورد ولی ایشان قبول نکردند. به هر حال مرحوم شهید ثانی هم جزء کسانی است که در آن رساله جمعه اش یک تعبیر تندی را یکمی دارد. رساله جمعه تعبیری را دارد که من موافقتش را الان در ذهنم نیست. تعبیر تندی دارد.

علی ای حال ایشان اسم محقق کرکی را نمی برد اما آرای ایشان را نقل نمی کند، رحمه الله علیهم..

إن هذا لا يخلو من اشكال من حيث اجتماع العوض و المعوض علی ملك المالك من دون دليل واضح. ببینید این راه شیعه این شد یعنی اگر روایت بود این را قبول می کردیم. چون روایت نیست حسب قاعده است حسب قاعده نمی شود مالک عین باشد و مالک قیمت باشد.. حسب قاعده نمی شود. دلیل نداریم. یعنی اگر دلیل بر معاوضه بود قبول می کردیم، دلیل بر این بود قبول می کردیم. جمع بین عوض و معوض. دلیل واضحی نداریم. خب عرض کردم دلیل واضحش قاعده است. خودش قاعده است که من توضیحی را عرض کردم. و لو قيل بحصول الملك

حالا ایشان یک طرح دیگه می دهد. هر دوی اینها هم مالک و هم ضامن متزلزلا،

.....
لکل منهما متزلزلا و توقف تملک المغصوب منه للبدل علی الیأس من العین و إن جاز له التصرف کان وجهها فی المسألة انتهى

مطلبی را هم که مرحوم شهید ثانی فرمودند. حالا مطلب چیست؟ مطلب این بوده که در باب تلف این مسلم است که اگر کسی مال

دیگری را گرفت و تلف کرد این ضامن است، باید قیمتش را بدهد. این خب واضح است. خیلی هم واضح است.

و ظاهرش هم این طور است، ظاهر ادله این است که آن شیء تلف شده دیگه اجزایش را نمی آیند به ضامن بدهند. فرض کنید کتاب

یک کسی را گرفت و پاره پاره کرد من باب مثال. غصب کرد و پاره پاره کرد می گویند ضامنی. خب ضامنی. حالا خود این اوراق

کتاب پاره پاره شده است. این که مرحوم شیخ هم داشت. این ورق های پاره پاره شده الان حق اختصاص یا ملکش، مالیت که نباید

داشته باشد. حق اختصاصش یا ملکش هنوز بر ملک مالک است؟ یا ملک ضامن شد؟ قیمتش را داد دیگه، قیمت کتاب را داد. ظواهرش

این است که هنوز ملک مالک است. با این که قیمت را داده این غرامت به قول مرحوم شیخ غرامت است، معاوضه نیست، معاوضه ای

انجام نگرفت، نه این که حالا قیمت کتاب را داد آن اوراق پاره پاره مال ایشان می شود. معاوضه ای در کار انجام نشده است. روشن

شد؟ این نکته مرحوم شیخ است. عبارت مرحوم شیخ را ببینید فالمبذول هنا کالمبذول مع تلف العین، اگر تلف بشود آن شیئی که متلف

شده این می شود ملک ضامن، یا هنوز ملک مالک است؟ این جا در حقیقت غرامت است.

این شافعی حرفش این است که ببینید شما اگر در تلف گفتید غرامت داده بشود و عین از بین رفته است آن عین متلف داخل در ملک

ضامن نمی شود. در بدل حیلوله اگر عین موجود است که باید عین را رد بکند. در بدل حیلوله یک حالت متوسط است بین بقای عین و

بین تلف، یک حالت متوسط است. از یک طرف چون عین از بین نرفته گفت علی الید ما اخذت حتی تودی، تا ادا بشود. عین هم که

تلف نشده. از یک طرف هم چون سیطره ندارد، احاطه ندارد و به او نمی رسد و نمی تواند در آن تصرف بکند در این جا یک جمع بین

حقین به این صورت می شود که یک غرامتش را بدهد، دو مالک آن نمی شود یعنی این جا را با تلف فرق بگذاریم. دلیلش را هم همین

گرفته. ابوحنیفه می گوید نه اگر بنا شد، شما می گویند این جا تلف نیست، درست است، عین الان موجود است لکن اگر بنا شد از او

بگویم مسئله قیمت را می تواند بگیرد، حالا به هر دلیلی که شد، خب این قاعده اش اقتضا می کند که آن مبدل هم در ملک ایشان وارد

بشود. عین هم در ملک ایشان. یک نحوه مبادله قهریه بشود. یک نحوه معاوضه قهریه بشود. چطور می شود پولش را بدهد ولی خود کتاب ملک ایشان نماند. هنوز در ملک مالک بماند. به قول محقق ثانی جمع بین عوض و معوض باشد و دیگه ما دلیل نمی خواهیم داشته باشیم، قاعده همین اقتضا را می کند. مرحوم شهید ثانی روی مبانی تشیع فکر کرده است. چون در مبانی تشیع چه بخواهد معاوضه بشود و چه جمع بین عوض و معوض دلیل می خواهد. ابوحنیفه به جای اقامه دلیل قاعده را می گوید. خود قاعده این اقتضا را دارد و احتیاج به دلیل ندارد.

یکی از حضار: کسی قائل نیست که مجهول المالک یا بلا مالک باشد، حکومت باشد؟ کسی این جوری قائل نیست؟

آیت الله مددی: این جا نه.

آن وقت ما این را یک توضیحی اگر یاد آقایان باشد در مباحث مکاسب محرمه یک توضیحی عرض کردیم این اصولا یکی از جاهای مهم در قوانین و در فقه است، چه در احکامی مثل غصب و چه در عقود و قراردادهای. اصولا این یک بحث کلی است، ما اضافه بر این که آقایان احکام را بیان می کنند یک حالات ثانویه ای که پیدا می شود احکام آن حالات ثانویه را هم متعرض می شوند. این یکی از قوانین است. مثلا فرض کنید بیع معنایش این است حالت ثانویه اگر اکراه بر بیع شد، حالت ثانویه اضطرار بر بیع شد، حالت ثانویه خطانا بیع کرد. نسیانا کتابش را فروخت. حواسش نبود کتابش را فروخت. این یک بحثی است که کلا می آید.

آن وقت مقدار این حالات ثانوی هم تاثیرش باز در آن اثر مختلف است. مثلا در جایی که به غصب برگردد، به اراده برگردد، به اختیار برگردد یک جور است. اراده غیر از اختیار است. در جاهایی که به علم و جهل بر می گردد چون علم یعنی انکشاف ندارد. این یک بحث کلی است مثلا در باب فرض کنید مثلا لقطه، در باب لقطه کتاب یک کسی را در خیابان پیدا کرد، ببینید، آن چه که این جا هست اولاً ما اگر قائل به ملکیت فردی و شخصی شدیم یک حساب است. مثلا نظام های کمونیستی یا سوسیالیستی قائل به ملکیت فردی نشدند باید به دولت بدهد، این یک حساب دیگری است. ما اگر ملکیت فردی را قائل شدیم که این کتاب مالک معین دارد و کتاب ملک اوست. بحث اساسی و فنی که ایشان هم اشاره فرمود این است که آیا با جهالت از ملک خارج می شود یا نه؟ ببینید! حالا به جای آن

بحث های لقطه این بحث که اگر شما شیئی داشتید در خیابان پیدا شد، الان مجهول است. مالکش مجهول است. شما انواع نواقل دارید، ناقل و نقل و انتقال. آیا جهالت برای نقل مال کافی است، آن چه که الان در میان فقهای ما هست نه جهالت با ملکیت فردی می سازد، هنوز ملکیت شخصی معتبر است. در فرض جهالت هم معتبر است. ما این را سابقا هم خواندیم. از سنهوری هم از قوانین مصر خواندیم. ظاهرا فکر می کنم قوانین اولیه مصر بوده که اگر چیزی را در خیابان پیدا کرد به اول مرکز شرطه یعنی کلانتری تسلیم بکند. دقت بکنید! طبعاً تسلیم به مرکز شرطه هم حل نهایی نیست، آیا این جنس در خزانه می رود یا این جزء مصارف همین کلانتری می شود؟ این معنایش این است که اگر مجهول شد معنایش این است که اگر مجهول شد این جهالت تاثیرگذار در انتقال است اما در روایات ما نه تاثیرگذار نیست. بلکه بالاتر. چون ببینید وقتی یک شیء مجهولی را گرفتید و شما دیدید. شما برداشتید، دادید به رفیقان من باب مثال عرض می کنم. می گویند شما برداشتید رفیقان مالک نمی شوید. ولو جهالت دارید، با جهل انتقال پیدا نمی کند. بعد از او آمدید به این که تعریف کردید، گفتید و نوشتید ورقه چنین چیزی پیدا شده است. پنج روز بعد هم مایوس شدید، بگویم الان ملک شد، این هم یک قول است. حالا بعضی ها هم گفتند به این که صدقه بدهید. خیلی خب شما این پول را صدقه دادید. بعد از صدقه دادن دیگه از ملک طرف خارج شد و از عهده طرف هم خارج شد چون صدقه دادید. لذا اگر صاحبش هم آمد حق مراجعه ندارد لکن در روایات ما اولاً تعریف هست و با تعریف از ملک خارج نمی شود. این تحلیل حقوقی است. ثانیاً بر فرض هم صدقه داد هنوز ملکیت شخصی محترم است، خوب دقت بکنید! پس این به تفصیلی که ما از ملکیت شخصی داریم بر می گردد یعنی این ملکیت شخصی این قدر محترم است، این قدر مراعات می شود که اگر مالکش را نشناختیم، برداشتید معرفی هم کردید و شناخته نشد، صدقه دادید در بعد از صدقه، بعد از مدت یک ماه آمد طرف اثبات کرد مالکش است. دارد که اگر قبول نکرد باید بهش بدهید. ببینید مالکیت شخصی تا کجا آمده است. این یک فرض مسئله بود. عرض کردم خوب دقت بکنید در همین کتاب سنهوری در مسائلی که حالات ثانوی است در مباحث عقود دارد، ما در غیر عقود هم داریم مثلاً این حدیث رفع شش تایی یک حدیثی بود که می خواست متضمن این حالات بشود. اصلاً آن نکته فنی حدیث رفع این بود یعنی با حدیث رفع شش تایی می آمدند می گفتند که حکم در این شش حالت خطا و نسیان و اکراه و اضطرار

و لا یطیقون و لا یعلمون اصلا عوض می شود. دقت می کنید؟ ما الان در حکم وضعی که ملکیت بود، در باب عقود هست، در باب حکم تکلیفی هست، این حالات غیر طبیعی که برای انسان پیدا می شود یکی از مسائل مهم قانون همیشه همین بوده. همیشه این نکته بوده و نکته اش این است که تاثیری که دارد. مثلا جهالت چقدر تاثیر دارد؟ مثلا اکراه و اضطرار چقدر تاثیر دارد؟ شما الان کاملا گرسنه هستید، غذا می خواهید و در فشارید حالا فرض کنید الا ما اضطر، اضطرار است. همسایه تان هم غذا دارد، می گویند خیلی خب برو بخور. این جا آمدند یک دفعه دلیل خاص دارید که اصطلاح. یک دفعه هم ما حسب قاعده می خواهیم. حسب قاعده این اضطرار شما چکار می کند؟ می گوید غذای همسایه را بخور. خیلی خب، چون گفت بخور معنایش این است که ضامن هم نیستی؟ به بخور مسئله حل نمی شود. همین جا هم حقوق قانون مدنی اختلاف دارند و هم ما در شریعت. معروف بین فقهای ما این است که این اضطرار تکلیف را بر می دارد، وضع را بر نمی دارد. این اضطرار شما این که نمی توانستی دست به غذای همسایه بزنی و بخوری این را برداشت اما این غذا بدل دارد. اضطرار این را بر نمی دارد، در همین جا عده ای هستند هم از فقهای اسلام و هم از قانوندانها، می گویند اگر آن اولی را برداشت دومی را هم بر می دارد. معلوم شد که این نکته فنی چیست؟

نکته فنی اساسی چون این که ایشان می گوید من دون دلیل، این روی تصورات فقه شیعه است لکن این مسئله را برایتان باز کردیم. این مسئله فقط بر اساس فقه شیعه نیست بلکه یک مسئله ای است که در حقوق مدنی مطرح است. علمای اهل سنت. علمای اهل سنت روی اینها سعی کردند طبق قواعدی که خودشان درست کردند فتوا بدهند. دیگه آنها دنبال دلیل و روایت نبودند چون ادله آنها محدود است، قرآن است و عده ای از روایات. محدود است. سعی کردند این را حسب قاعده. می گویند حالا که اجازه داده شد شما بخورید پس ضامن نیستید. این نکته فنی روشن شد ان شا الله؟ نکته فنی این است که شما بنشینید این محاسبات را به دقت انجام بدهید، اضطرار شما چکار می کند و چه مقدار تاثیر می گذارد؟ این اضطرار شما تاثیرش در چه حدی است؟ آیا تاثیرش در این حد است که حکم وضعی را هم بر می دارد؟ چون آنی که اضطرار می آورد اضطرار چی شد؟ می گفت شما دست به غذای دیگران نزن، دست به مال همسایه نزن. مال همسایه را نخور. این یک مطلب بود. یکی هم احترام مال فی نفسه بود. رابطه ای که این مال با مالکش داشت. اضطرار

شما این رابطه را بر نمی دارید. خوب دقت بکنید، اضطرار شما آن اولی و تکلیف را بر می دارد. حرام بود برای تو آن غذا را بخوری. حد اضطرار این است. یک قاعده دیگر هم دارند که در همین مثل سیوطی خیلی روی آن قاعده الضرورة تقدر بقدرها. ببینید شما هر مشکلی داشته باشید. در این حالات ثانوی باید تحلیل بکنید. مثلاً اگر شما اضطرار داشتید یا جهل داشتید این دو تا با همدیگر فرق می کند، اکراه داشتید. الان مثلاً مبنای معروف این است که در بیع مضطر درست می دانند ولی بیع مکره را درست نمی دانند. و آیا بیع مکره که درست نشد آیا با اجازه درست می شود یا نه؟

این ها تحلیل های حقوقی دارند غیر از روایات است. می گویند شما در بیع مکره چون عقد عبارت است از عهد مشدد که عرض کردیم، عهد موکد، دو تا تعاهد را به هم بچسبانید. وقتی اکراه بود شما این کار را انجام ندادید. اگر انجام ندادید بعد اجازه بدهید چه اثر دارد؟ آن عهد این بود که این کتاب در مقابل صد تومان. قیمت کتاب در بازار دویست تومان است. کار عقد این است وقتی شما عقد بستید می گویند کتاب را به صد تومان فروختم. از قیمت منتقل به ثمن می شود. خوب دقت بکنید. در صورتی که این عهد مشدد و این رابطه ایجاد بشود. اما اگر شما اکراه داشتید اصلاً رابطه ایجاد نمی شود. خوب دقت بکنید، این رابطه ایجاد نمی شود چون این رابطه امر اعتباری است و باید در وعای اعتبار ایجاد بشود. امر اعتباری بدون قصد ایجاد نمی شود. اما اگر شما آمدید گفتید این دیگه کمتر از بیع فضولی نیست، فرقی این است. همه اینها تحلیل حقوقی است که من می گویم، این ذهن را در تحلیل های حقوقی در این حالات استثنائی چه در احکام اولیه و چه در احکامی مثل عهود، یکی از بحثهای سنگین همیشه در دنیای حقوق همین است. بررسی حالات استثنائی، حالات ثانویه. در عقد فضولی آن جا مبنا بر این است که اگر شما گفتید عقد دارای یک واقعیت در وعای اعتبار است یک چیز در مقابل یک چیز دیگر قرار می گیرد، و در این قرار گرفتن در وعای اعتبار قصد و اراده می خواهد اما لازم نیست این قصد و اراده از مالک باشد. شما هم که مالک نیستید می توانید ایجاد بکنید. مشکل ندارد. شما مالک کتاب نیستید می گویند این کتاب را به شما به صد تومان فروختم. مال شما هم نیست. مال رفیقان و مال برادران است. این حرف این است که آن امر اعتباری با این گفتن

و قبول آن محقق می شود ولو مالک، ببینید. آن جا قصورش چه بود؟ مالک نبود. ولو مالک نباشد این محق می شود اما در اکراه این اصلا محقق نمی شود. لذا عقد فضولی را شما می توانید با اجازه درست بکنید اما عقد مکره با اجازه نمی شود.

علی ای حال دقت بفرمایید روشن شد، این جا الان شما نگاه بکنید در حقیقت آن کاری که آن ها انجام دادند این است که حرف شافعی این است که بدل حیلولة چون عین موجود است از یک جهت شبیه تلف است اما تلف نیست. روشن شد؟ چون ایشان فرمودند نکته فنی. نکته فنی این است. نکته روشن شد؟ دیگه این من دون دلیل، دلیل نمی خواهد. این قاعده است. الان طرحش را شما می توانید در دانشگاه های دنیا هم ارائه بدهید، فرق نمی کند، این حرف شافعی، چون آنها اصلا تفکرشان بر این مبناست که می گوید اگر شما عین را تلف کردید آن جا بدل معنا دارد، این جا عین تلف نشده. از آن طرف هم این مالک است، این هم می خواهد انتفاع ببرد. این عبد هم فرار کرده و به آفریقا رفته است. عبد الان موجود است لکن در اختیار. لذا خوب دقت بکنید مرحوم شیخ در مبسوطی که دیروز خواندند إذا غصب شیئا فخرج عن یدیه نه عن ملکه. خرج عن یدیه. حرف شافعی این است که شما در این جا باید قواعد را حفظ بکنید، قواعدش این است که این عین ملک مالک است قاعدتا باید باقی باشد. از آن ور باید آن طرف، حالا فرض کنید لاضرر مثلا. ضرر در عین خودش را می خواهد. شما فوقش به قیمت برگردید و قیمتش را بدهید.

پس بنابراین ما بیاییم یک بابی را برای بدل حیلولة باز بکنیم جدای از باب اتلاف. جدای از باب علی الید. اگر آمدیم گفتیم بدل غرامت است ظاهرش ملکیت است. تصور روشن شد؟ انصافا شیخ می گوید اگر شما غرامت دادید ظاهرش این است که می خواهد تصرف بکند. اباحه که معنا ندارد.

بله شما ممکن است یک چیز دیگری بگویید، اصلا اصل این که ایشان، آقای خوئی و مرحوم سید یزدی اشکالشان این است اصلا چه دلیل آمد که این ضامن قیمت است. اصل مطلبش آن است. از کجا ما در بدل حیلولة ما بگویم ضامن است. این بحث دیگری است. این بحث دیگری است. لذا آقای خوئی هم می گوید این جا شیخ فروعی را گفته که ما که قبول نکردیم، بنا بر این که قبول بکنیم. فروعی را که ایشان فرض کردند تمام فروع فرضی است که ما هم با فقه فرضی مخالفیم. ایشان فرضا مطرح کردند.

پس آن صحبتی که هست ادعای شافعی این است که در بدل حیلولة اصلا خودش یک عنوانی در مقابل تلف است، نه می توانیم بگوییم بقای عین است و نه می توانیم بگوییم تلف عین است. بین این دو تاست. چون بین این دو تاست اثر هر دو را دارد. هر دو را دارد پس هم قیمت را بدهد و هم طبق قاعده عین مال اوست.

پاسخ پرسش: امر اعتباری اشکال ندارد. اینها می گویند که اگر بخواهد جمع بین انتقال بیاید باید دلیل شرعی بیاید. ما با عقل خودمان و با عقل اجتماعی مان بیش از این مقدار در نمی آوریم. یک حالتی پیدا شده که این حالت نه تلف است و نه بقای عین و امکان رد عین است. آثاری هم که هست. ابوحنیفه می گوید شما اگر آمدید گفتید قیمت را دادید خواهی نخواهی. آن می گوید خواهی نخواهی عین به شما منتقل می شود. اینها بنایشان در فقه این است که خواهی نخواهی را قبول نکنند. اگر نکته ای برای انتقال عین نباشد خواهی نخواهی معنا ندارد. خواهی نخواهی عین به ملک مالک اولش است. روشن شد؟

چون آقای خوئی در آن مسئله قبلش نوشته این مبنی بر اختلاف است، دلیل ما سلطنت باشد، دلیل ما علی الید باشد یا لا ضرر باشد. نه دلیل هیچ کدام از این ها نیست. آن مسئله ای که مطرح شده این است که ما بدل حیلولة را از یک جهت شبیه تلف عین است و از یک جهت شبیه بقای عین است. در نتیجه هر دو اثر را بر آن بار می کنیم. به حکم تلف می گوییم قیمت را بدهد و به حکم مسئله این که هنوز عین باقی است می گوییم این هنوز ملک مالک است.

و اما جمع بین عوض و معوض که ایشان می گوید این هنا، این اگر طبق قاعده مشکل نداشت. مثل این که می گویند تلازم در اعتبارات نیست، این تلازمی ندارد، اثرش هم این است که ایشان می تواند در قیمت تصرف بکند حالا اگر بعد عین پیدا شد. ملتزم به اثرش شده است. اگر بعد عین پیدا شد عین را رد می کند به مالک چون هنوز بقای مالک است. چرا گفتیم مالک است؟ تا بعدا عین را به او رد بکند. چون اگر مالک نباشد باز دو مرتبه ملک به مالک برگردد. دقت کردید؟

چون اگر گفتیم این عین از ملک مالک خارج شد و به ضامن رسید. حالا رفت عین را پیدا کرد و عبد را آوردند. باز دو مرتبه یا باید بگوییم این بیع است و تمام شد، دیگه مال ضامن می شود، یا باید یک دلیل جدید بیاید و بگوییم ضامن از ملک خودش خارج شده و

به مالک بدهد. لذا شافعی می گوید نه نگهداریم، این ملک مالک است و آن هم غرامت است. اگر پیدا شد باید بدهد. حالا که داد می گوید قیمتی که بهت دادم برگردان. حالا حتی مرحوم شیخ این بحث را دارد.

فقه اساسا یک فقه تحلیلی که هم فقهای اولیه داشتند و بعد هم فقهای شیعه خیلی روی آن کار کردند. خیلی خوب حالا قیمت داد و آن قیمت تلف شد، لذا مرحوم شیخ دارد اگر قیمت تلف شد این کان له مثل، مثلش را رد بکند و إلا قیمتش را. آنی که به عنوان قیمت داده است.

باز فرع دیگه اگر خود این قیمت نماء داشت، فرع روی فرع می آید. این در مبسوط آورده. مرحوم شیخ اینجا نیاورده. مرحوم شیخ طوسی در مبسوط آورده است. اگر این خود قیمت نماء داشت، به عنوان قیمتش این را داد و این نماء داشت. در قیمت فرق می گذارد نمائش متصل باشد یا منفصل. ببینید چقدر فکر کردند! حالا اگر عین را برگرداند عین نماء داشت، این جا می گوید فرق نمی کند، نماء متصل و منفصل یکی است. ظرافت کار را دقت کردید؟ در نمای قیمت بین متصل و منفصل فرق گذاشت. در نمای عین بین منفصل و متصل فرق نگذاشت. من هی ذهن فقهی می گویم مراد ما از تحلیل فقهی این است که یعنی یک مسئله ای را فقط نمی گوید رد بشود، دنبالش می رود. همین جور پیگیری می کند. این ذهنیت فقهی همان خصلت انسانی جداسازی که عرض کردیم. یکی یکی این مسائل را.

و لذا گر قیمت را خواست رد بکند و نماء داشت نمای متصلش با منفصلش را فرق گذاشته اما عین را رد کرد و نماء داشت متصل و منفصل یکی است.

و صلی الله علی محمد و آله الطاهرین